Succession tt xxi



POR

DON GVILLEN DE Roda, vezino y Regidor de la ciudad de Murcia, como heredero de doña Catalina de Roda su tia.

CON

DON LVYS Y DON GERONYMO de Roda, y demas consortes sus hermanos vezinos de la dicha ciudad, como herederos de doña Mencia Fernandez su abuela, y de doña Beatriz de Roda su tia.

LA parte de don Guillen ha dado a V.m. su informacion, respondiendo muy de proposito a todos los fundamentos contrarios: y assi seruira este papel de vna breue y sustancial aduertencia para sacar a luz la verdad por textuales conclusiones, sin diuertir el entendimiento a la variedad de opiniones, y authoridades que se mezclan en la materia.

La clausula del testamento de Andres Nauarro auiendo instituydo a sus hijas doña Antonia y doña Beatriz, dize estas palabras. *E si lo que Dios no quiera murieren ambas en la dicha edad pupilar sin poder testar, quiero y es mi voluntad; que la tercia parte de todos mis bienes q̃ yo vue y heredè del señor Saluador Nauarro mi abuelo, vinculados, vsando de la dicha facultad y licencia que por el dicho su testamento me da, y a las dichas mis hyas, los aya y lleue con todos los demas mis bienes, doña Catalina de Roda mi muger para que sea vsufrutuaria todos los dias q̃ ella viuiere, y no se casare, y si se casare quiero que pierda el vsofructo de los dichos bienes, y en ellos suceda y lleue doña Mencia Fernandez mi abuela y sus herederos y sucessores en vsufructo y propiedad, &c.*

Doña Catalina de Roda muger del testador y madre de las dichas doña Beatriz, y doña Antonia, murio sin boluer a casarse: dudase si à de suceder por su muerte doña Mencia Fernandez, ò el heredero de doña Catalina, q̃ sino vuiera sobstitucion pupilar era legitima successora de sus hijas, como madre dellas a quien el derecho fauorece.

La principal dificultad, consiste en aueriguar si el testador dexo a doña Catalina el simple vsufruto, ò la verdadera propiedad destos bienes.

Pondera mucho la parte contraria aquellas palabras, *Sea vsufrutuaria todos los dias que ella viuiere*, Y luego las otras siguientes: *Pierda el vsufructo de los dichos bienes*. Y vltimamẽte el fin de la clausula obi: *En vsufructo y propriedad*. Donde el testador hizo diferen-

ferencia de ambos estremos para no confundir el vno con el otro: mas a esto respondemos con gran facilidad.

Lo primero, que el testador começo substituyẽdo generalmente en toda la hazienda a doña Catalina de Roda, ibi: *Los haya y lleue con todos los demas bienes doña Catalina de Roda mi muger.* Y si aqui vuieran parado las palabras, no podia negarse, que le pertenecia enteramente la propriedad. Veamos pues si el aditamento siguiente, ibi: *Para que sea vsufrutuaria dellos, mientras viuiere, y no se casare.* Y las demas diciones pertenecientes a vsofructo disminuyen esta significacion fauorable, y realmẽte no causan diminucion, porque no alterá lo precediente, ni hazẽ mas que especificar la causa dello, scilicet, que doña Catalina fuesse proprietaria para tener con que sustentarse, y gozar los fructos mientras viuiesse en el estado que su marido la dexaua, exẽplo mirabilis text. in l. cum alimenta. §. finali. ff. de aliment. legat. ibi: *Illam autem adiectionem vt habeant vnde se pascant, magis ad causam prælegandi, quam ad vsum fructum constituendum pertinere.* l. vltima. ff. de vsufructo earũ rerũ, quæ vsu consumũtur, ibi: *Cum pecunia erat relicta Titio, ita vt post mortem legatary ad Mæuium rediret, quamquam adscriptum sit, vt vsum eius Tituis haberet, proprietatem tamen ei legatam, & vsus mentionem factam, quia erat restituẽda ab eo pecunia post mortem eius, diui Seuerus, & Antonius rescripserunt.* Este texto contiene caso mas riguroso, porque començo el disponiente aplicando cierto dinero al legatario, y mandádo que despues de su muerte passasse aquel mismo dinero en el sustituto llamado Meuio, añadiẽdo q̃ el principal legatario solamẽte tuuiesse el vso y aprouechamiẽto temporal. Y dificultãdose si seria señor del dinero, o sinple vsufructuario, determino el emperador q̃ le pertenecia no solo el vso sino el dominio por q̃ la ocasiõ de auer añadido. *Vt vsum eius pecuniæ haberet,* fue presuponer, q̃ deuiẽdo

restituyrlo, no venia a tener mas que el vso miẽtras viuiesse, y considerando los efectos, dixo, *vt vsum haberet*, pero no excluyò la propiedad que aquel legado contenia desde su principio, y en juzgarse por dominio, o por vsufructo, consiste vn ministerio notable, videlicet, que siendo vsufructo, espira cõ la muerte del fructuario: pero si es propiedad con grauamen de restitucion, o fideicomisso, no se acaba muriendo el posseedor, si el caso del fideicomisso no llega a purificarse, pues podria quedar caduco por defecto de condicion, o persona, o por otra causa semejante, y permanecer el legado en quien primero se fundò, y en sus herederos y successores, l. Iulianus, l. si pecunia, §. fi. l. si quis Titio, l. omnia, §. fundum. ff. de legat. 2. l. 5. §. si sub conditione. ff. quando dies legat. cedat, l. filius familias, §. cum quis. ff. de legat. 1. l. vnica. §. his ita, & toto tit. C. de caducis tollend. y esta es nuestra pretension y justicia notoria, como lo prueua formalmente, y cõ todas las circunstancias del pleyto la l. 15. ff. de auro & argent. legat. ibi: *Species auri, & argenti Seiæ legauit, & ab ea petijt in hæc verba: A te Seia peto, vt quidquid tibi specialiter in auro, argento legaui, id cum morieris, reddas, restituas illi, & illi vernis meis; quarum rerum vsusfructus dum viues, tibi sufficiet quæsitum est, an vsusfructus auri, & argenti solus legatariæ debeatur. Respondit, verbis quæ proponerẽtur proprietatem legatam addito onere fideicommissi.* Aqui no solamente hallamos especificada la diccion, *vsusfructus*, sino la vida del legatario, ibi: *quarum rerum vsusfructus dum viues, tibi sufficiet.* Pero porque comiença el legado con palabras inclusiuas de todas las especies, significa verdadero dominio, en el interim que llega el dia de la restitucion, vt in l. non ideo minus. ff. de rei vendicatione, y aquel aditamento, *quarum rerum vsusfructus dum viues, tibi sufficiet*, denota la vtilidad que auia de tener la legataria, pues quedãdo obligada a restituyr las mismas especies despues de su muerte, no podia

gozar

gozar mas que del vsufructo; nihilominus tamen proprietatem habere censetur cum onere fideicōmissi. Pongamos pues, que los libertos que despues de Seia fueron llamados muriessen primero, y el caso del fideicomisso no se siguio: claro està que nō trasmitirian estos libertos acciō alguna en sus herederos, sed Seia vocata prius dominiū retinebit, l. 4. ff. quādo dies legati cedat, l. 1. §. dies autē ff. de conditio. & demonst. l. si pecuniam. §. finali. ff. de legat. 2. quæ decisio indiuidualis est ad speciē nostram: porque doña Catalina de Roda fue llamada a todos los bienes, como Seia a todas las especies en la ley referida, añadiose *para que sea vsufructuaria todos los dias que viuiere, y no se casare*, como en la misma ley dixo el testador, *quarum rerum vsusfructus dū viues, tibi sufficiet*, siguiose luego el fideicomisso: *y si se casare, quiero que pierda el vsufructo de los dichos bienes, y en ellos suceda y los lleue doña Mencia Fernandez mi abuela, y sus herederos, y sucessores en vsufructo y propiedad.* Diremos pues que doña Catalina de Roda tuuo llamamiento a los bienes de que su marido dispuso, lo qual significò que la daua el dominio, mas porque le auia de restituyr la llamò vsufructuaria, diziendo, que perdiesse el vsufructo, fundādose en que no auia de tener mas, supuesto el grauamen de restitucion; y asi no obstātes los dichos aditamentos, sera propietaria cum onere fideicōmissi. Lleguemos al caso en que el testador la grauò, y si este se vuiere purificado, tendra derecho doña Mencia: y si vuiere faltado la condiciō, ni ella ni sus herederos podran ser admitidos, sed manebit successio in persona prius vocata: quoniam euētus restitutionis omnino defecit: dize pues el grauamen, o substitucion: *Y si se casare quiero que pierda el vsufructo de los dichos bienes, y en ellos suceda, y los lleue doña Mencia Fernandez mi abuela y sus herederos en vsufructo y propiedad.* No se caso doña Catalina y murio sin casarse: luego doña Mencia, y

sus herederos no tienen accion al vsufructo, ni a la propiedad destos bienes, porque todos se les mando sub conditione, *Si doña Catalina de Roda se casasse*, qua propter cum defecerit huiusmodi cōditio, illico euanuit substitutio, tanquā si nullo modo auia testatoris Donna Mencia ad hæreditatem fuisset admissa, conditiones etenim desiderant specificum implementum. l. mæuius. l. qui hæredi, ff. de condition. & demonstrat. Nec recipiunt casum fictum, aut alterus temporis, vel qualitatis, sed eum dumtaxat quem testator expressit. l. sub diuersis. §. 1. l. cum ita datur. ff. eod. tit. Anton. Natta. consil. 452. num. 12. Petrus Sud. consil. 186. num. 21. vol. 2. & consil. 371. num. 69. vsque ad 72. vol. 3. vnde mirabiliter docuit Alex. Raudens. lib. 1. de analogis. cap. 27. num. 45. & 48. *Quod dispositio conditionalis nō est animata, sed in animata ante euentum conditionis adeo vt non habeat formam ad instar hominis, cuius forma est anima, & ab ea pendet virtus essentialis, ideoque talis dispositio non est in rerum natura, atento tempore conditionis pendentis, vt declarat glos. in l. 1. §. 1. ff. de regula Catoniana.* post quam autem conditionis casus defecerit, reducitur fideicommissum, vel substitutio ad non fideicommissum, ideoque substitutus ipse non solum remanet exclusus ab emolumento hæreditatis, sed non vocatus, quasi nullam eius mentio per disponentem habita fuisset. l. pecuniam quam. ff. si cert. petat. l. necessario & quod si pendente, ff. de periculo et commod. rei vend. Tiraquel. in l. si vnquam, verbo, reuertatur, n. 277. C. de reuocā. donat. Crauet. consil. 15. num. 3. Socin. Iunior. consil. 4. num. 16. volum. 2. Cæphal. consil. 455. num. 26. vol. 4. Mantica. de coniectu. vltimar. voluntat. lib. 11. tit. 16. n. 2. Petr. Surd. consil. 298. num. 35. & 36. Y no era necessario passar adelante, porque a decisiones tan textuales ninguno puede replicar.

Mas aduertimos, que si la interpretacion contraria se admitiesse, resultaria vn absurdo notable,

scilicet,

scilicet, que si Doña Catalina no tuuiesse la propie dad delos dichos bienes, tampoco la podria tener Doña Mencia, pues fue substituyda para la misma propiedad, y vsufructo en caso de contraher doña Catalina segundo matrimonio, y no antes conforme al tenor de la clausula, l. si ita escriptū. §. 1. ff. de legat. 2. ibi: *Nec pertinet ad nos antequam dies venit.* l. si filius qui patri, §. cum filius, ff. de bonis libert. siendo pues doña Catacalina simple vsufructuaria, y no siendo propietaria doña Mencia por no auer llegado su caso, quedaria en el interin la propiedad suspensa, y sin dueño alguno, contra text. in l. receptum, §. finali, ff. commun. prædio. l. si ex duobus. § sed & Marcellus, ff de indiem adictione. glo. & DD. in l. si ego, ff. de solutionib. Molina lib. 1. cap. 19. num. 10. versic. *Dominium namque nom potest manere in pendenti, siue in aere.* fol. 129. & lib. 3. cap. 10. num. 6. fol. 411.

Y porque se conozca con euidencia que el testador nunca tuuo intencion de introduzir a doña Mencia Fernandez en competencia de doña Catalina de Roda su muger, madre de las herederas instituidas, deue ponderarse, que auiendo dicho, que si muriessen en la edad pupilar, como murieron, la dexaua todos los bienes para que fuesse vsufructuaria dellos mientras viuiesse y no se casasse, destas dos calidades, viuir, y no casarse, eligio solamēte la vna para llamar a doña Mencia, de suerte que no la admitio en caso de morir doña Catalina sin celebrar segūdo matrimonio, sino en caso de contraerle, ibi: *Y si se casare suceda doña Mencia &c.* Consta por el pleyto no auerse casado, igitur, per mortem donnæ Catherinæ sine transitu ad secundum matrimoniū, nō substituitur donna Mencia, neq; illius hæres: sed prorsus excluditur ab hæreditate, quia datum sub certa conditione sub opposita, vel repugnanti censetur ademptum. l. ali quando. ff. de condition. & demonstrat. l. quod pure. ff. quando

dies

dies legati cedat. Carol. Ruin. consil. 270. num. 5. vol. 3. Osasch. decision. 166. num. 4. y de aqui proceden dos fundamentos ineuitables por doña Catalina.

El primero, que pues el casarse segunda vez, ò no casarse y morir con el primer matrimonio son casos contrarios, por ninguna via la substitucion hecha en el vno, ibi: *Y si se casare*, puede aplicarse al otro, que es el de nuestro pleyto: nam tota, vel comprehensionis tacitæ, vel extensionis materia in idētitate, vel similitudine consistit, & omnino deficit, atque impeditur per disparitatem, seu repugnantiam terminorum. l. si cum dotem. ff. solut. matrimo. l. commodissime. ff. de liber. & posth. Bart. in l. Gallus. §. & quid si tantum. num. 3. versic. *Item ad idem oppono.* ff. eod tit. Cinus in l. quod fauore. nu. 5. prope finem. C. de legib. Hyppo. Riminald. consil. 110. nu. 41. vsque ad 46. vol. 1. Bursat. consil. 263. num. 13. vsque ad 18. vol. 3. Menoc. consil. 97. lib. 1. num. 121. & 122.

El segundo, que no es menester tratar aqui, si la pupilar substitucion hecha en vn caso incluye otro caso omitido, para preferir el substituto ala madre legitima del pupilo, ex argumentis de coniecturis iuxta doctrinam Bartu. in l. 2. num. 33. ff. de vulgari, porque la disputa pudiera proceder en terminos de simple omision, pero no de contrariedad, veluti casus celebrandi, vel non celebrandi secundas nuptias: quia nunquam in extremis oppositis habet locum adiectio, vel concursus voluntatis, cũ regula sit naturalis, quod expressio vnius contrarij, vel incompatibilis, remouet inclusionem alterius, l. Clodius. ff. de adquirend. hæredit. l. 2. ff. de iure anulor. aureor. l. si filius emancipatus. ff. de minorib. l. 1. vbi Bald. & Salicet. C. de furtis, l. duos. ff. de condition. & demonstration. l. nihil interest, §. si patronus, ff. de bonis liberto. Y esta es la razon por donde en la l. commodissime, ff. de liber. & po

sthum.

idem Bart. in l. in testamento, la primera, nu. 3. C. de testamento militis, Bald. in l. precibus, num. 7. C. de impuber. Carol. Ruin. in l. Gallus, §. & quid si tantum, num. 73. ff. de liber. & posth. Lancellot. Galiaula in l. Centuria, num. 195. ff. de vulgari. Mantica de coniecturis, lib. 5. titu. 15. nu. 1. Bursat. consi. 79. num. 7. que son las doctrinas alegas por el Abogado contrario en su informacion, num. 40. & 41. añadiendo en el num. 42. que el auer dexado estos bienes a doña Catalina, para ser vsufructuaria mié tras viuiesse, es manifiesto indicio de auerla quitado para siempre la propiedad, y aplicado la herencia a doña Mencia, in vim pupilaris substitutionis, ex authoritate Bald. in d. l. precibus, num. 13. C. de impuber. cui accidit. Mantic. vbi supra, num. 14. fundādose en que ay dos especies de presumir substitucion pupilar, en los casos no expressados por el difunto. La vna por el concepto de la ley, y este no milita contra la madre, a quien el derecho haze prueua gradati. La otra por el concepto del testador, el qual reduzido a conjecturas o indicios prouables basta para causar substitucion perjudicial a la madre, como si huuiera palabras expressas, porq̄ respondemos, que la disputa pudiera proceder en terminos de simple omission; pero no de contrariedad, veluti casus celebrandi, vel non celebrandi secundas nuptias: quia nunquam in extremis oppositis habet locum adiectio, vel concursus voluntatis, cum regula sit naturalis, quod expressio vnius cōtrarij, vel incompatibilis, remouet inclusionem alterius, l. Clodius, ff. de adquirend. hæredit. l. 2. ff. de iure annulor. aureor. l. si filius emancipatus, ff. de minoribus, l. 1. vbi Bald. & Salicet. C. de furtis, l. duos, ff. de conditio. & demonstrat. l. nihil interest, §. si patronus, ff. de bonis libertor. Y esta es la razō por donde en la ley commodissime, ff. de liber. & posth. el caso omitido vino a quedar en disposiciō del derecho comun; porq̄ el sucesso de nacer aquel

posthumo en vida del padre, o auiendo ya muerto, implicaua casos incompatibles, que no podia venir el vno en consequencia del otro, ideoque per expressionem vnius, alter omnino sub mouetur, de que tenemos texto expresso en la substitucion pupilar, in l. 21. ff. de vulgar. ibi: *Si ita quis substituerit, si filius meus intra decimum annum decesserit Seius hæres esto: de inde hic ante quartum decimum, post decimum decesserit, magis est, vt non possit bonorum possessionem substitutus petere, non enim videtur in hunc casum substitutus.* Aqui fue expressado el caso de la muerte, y sino se añadiera calidad restitutiua: *Nempe intra decimum annum*, corria la substitucion sin impedimento; pero como el morir dentro de diez años, ò despues dellos, son dos casos que no se compadecen, por auer expecificado el primero, quedo totalmente excluydo el segundo, y assi el substituto no pudo introduzirse; a exemplo de lo qual en los terminos de que vamos tratando, siempre se incluyò la muerte de doña Catalina, mas para substituir a doña Mecia el testador añadio vna limitació precissa, videlicet, *Si doña Catalina se casasse.* Y assi enel successo de no auerse casado, que es contrario al casarse, padece la substituta exclusion perpetua, y los bienes han de quedar en doña Catalina que no se caso, y es madre y successora de sus propias hijas, id que præsensit Bald. in l. præcibus. d. num. 13. C. de impuber. donde auiendo propuesto, que quando el testador obliga la madre del pupilo ad recipiẽdum aliquid taxatum, es visto substituir en lo demas la persona por el nombrada, dize luego indiuidualmente: *Vel ponamus quod reliquit vxori suæ decem si non nupserit, & ipsa nupsit: nam si testator in causa nuptiarum voluit eam nihil habere, argum. ff. de manumiss. test. l. si quis locuplex, ergo eo casu non debet vniuersum habere, procedit argumentatio per locum à destructione totius. Item per locum a priuatione, quæ infertur, a cõtrario habitu iuxta notata 5. de in integr. restit. l. fi. & ff. ad Trebel. l. 2.*

§. vi-

§. videñ, & tñ substitutio prædicta tacita est, quia redũdat ex aliis, sed ipsa nõ sonat in se ipsũ, et sic non ex expressa vocis signatione, sed ex cõiecturali ratione & valata mẽte testatoris asociata cũ legis intellectu oritur. De manera q̃ cõforme a esta distinciõ, quãdo el difunto dexa a la madre del pupilo alguna cantidad o porciõ limitada, como pretenden que lo fue el asierto vsufructo de los dichos bienes, si el dexarle la tal porcion fue simplemente, no explicando otra calidad que pudisse obstar al substituto, entonces el lo lleua todo aunque la madre no aya sido excluida formalmente: pero si el testador declara q̃ le da el vsufructo ò otra qualquier cosa determinada mientras viuiere y no se casare, su exclusion consiste en llegar a casarse, y deste sucesso depende la tacita pupilar en beneficio del substituto para que la madre lo pierda todo por la ofensa hecha al testador: luego en estos terminos si no se casare, no ay substituciõ expressa ni conjecturada que priue a la madre de la sucession de su hijo, quia non potest procedi ad priuationem nisi per locum à contrario habitu, igitur si non nupserit totum ius succedendi censetur matri reseruatum, & substitutus exclusus ab hæreditate pupilli præ defuncti, lo qual se facilita mas en nuestra clausula: porque el testador repitio dos vezes el casamiento, vna para incluir a doña Catalina sobre la propriedad, o sobre el vsufructo limitado, sea como quisieren las partes contrarias, otra para llamar al substituto restrictiuamente, ibi: *Y si se casare succeda doña Mencia*: No dixo que succediesse despues de la muerte de doña Catalina, sino si llegasse a casarse, con lo qual aunque doña Catalina viuiera en celebrando segũdo matrimonio perdia para siempre los bienes: y assi no fue considerable en el animo del difunto la existencia de su vida, ò muerte, ni quiso limitar su inclusion en ninguno destos dos extremos; sed tantum in euentum secundi matrimonij, qua propter vltra eiusmodi casum

donna

doña Mencia nullam pœnitus vocationẽ habuit, porque la mayor presumpcion contra ella se colige de que el testador en el llamamiento de doña Catalina dixesse jũtamẽte, *mietras viuiere y no se casare*. Y despues enla substituciõ de la propia doña Mẽcia no hiziesse memoria de morir ò viuir doña Catalina ni llamasse a doña Mẽcia in casũ mortis, sed in vnico dũtaxat extremo, videlicet. *Si se casasse*, vnde introducitur quædã regula in euitabilis, quodquã præcedens vocatio vnius personæ sub certis qualitatibus, vel cõditionibus facta proponitur, & post modum in substitutione alterius vnam dictarum qualitatum testator expressit, reliquas omnes censetur exclusisse, vt nullo pacto, neque tacite, neque formaliter repeti, aut sub intelligi valeant, sicuti animaduertit, Bald. in l. cum multæ, num. 17. C. de donation. ante nuptias, Cuman. consil 212. num. 1. ibi: *Sed & tertio ex eo repetitio cessare debet, quia testator quas voluit conditionis adiecit, quam ob rem, & aliæ conditiones, tamedsi sub generalitate verborum supra dictorum contineri possent, propter quarumdam tamen conditionum expressionem cessare debet, l. cum delanionis, §. cuit fundum, ff. de fundo instruct. ad quod etiam facit illud vulgare, quod quarundam conditionum adiectio inducit tacitam exclusionem reliquarum, l. cum Prætor. ff. de iudicijs, l. Tribunus, ff. de militar. testament.* Y habla Rafael Cumano quãdo concurrian palabras repetitiuas; cuya virtud suele representar todo lo anterior en los grados inferiores: mas puede tanto la diuision de calidades, y el auer quitado en los siguientes llamamientos alguna parte de las especificadas en los primeros grados, ò personas, que viene a ser conjectura superior, a qualquiera palabra repetitiua: *Nam singulæres suã causam habebunt*, l. rerum mixtura, ff. de vsucap. l. ex facto, §. item quæro, ff. de vulgari subst tit. ibi: *Et magis est in vtroque eorum tempus suum separatim seruari*, l. æquissimum, §. si primus, ff. de bonor. possess. secundum tabul. ibi: *Nec sibi iungentur cum*

ad suam quisque causam substitutus sit, y como dize Sur. in tract. de aliment. tit. 3. q. 1. num. 50. & 51. *Diuersitas qualitatis adiectaris dispositionibus, tollit coniecturam, quæ alias potuisset insurgere*, mirabiliter ide Sur. consil. 200. nu. 23. vol. 2. per hæc verba. *Vbi enim ex pluribus conditionibus propositis in præcedenti dispositione, vnam solam disponens repetit in sequenti, censetur alias omittere, l. cum Prætor. ff. de iudicijs; si enim alias adycere voluisset, eas quoque expressisset, l. vnica, §. sin autem, C. de caducis tollendis, & in terminis dixit Anania consil. 8. num. 5. vers. sed his non obstantibus, quod in sequenti legato non censentur repetitæ omnes conditiones positæ in præcedenti, quando vna expresse in sequenti apposuit ex his quas apposuerat in præcedenti, & subdit; hoc procedere etiam, quando alias haberentur pro repetitis de iure, sequitur, Dec. consil. 190. nu. 3.* Mantic. de coniecturis lib. 10. titu. 6. num. 30. Iacob. Niger. in l. pe nult. ff. de vulgar. num. 21. ibi. *Et si testator hæreditatem vel legatum cuiusque rei Titio relinquat, vt ea perfruatur quamdiu vixerit, & monimentum fecerit, quod si non faciat, substituerint alium; hic substitutus non erit vocatus in euentum mortis illius hæredis, aut legatarij, sed in euentu contrauentionis, quæ vi solum expressit defunctus, altero prætermisso, vt nunquam repeti, vel ex tacita voluntate suppleri posset.* Quibus allegationibus nouissime subscribit, Carol. Bardellon, cons. 21. num. 50. fol. 124. pulchre Alexand. cons. 1. num. 11. vol. 1.

Y en confirmacion de lo referido, ninguna cosa viene mas a proposito que la resolucion de Bartulo in l. moribus, num. 42. ff. de vulgari. ibi. *Sed qui si testator relinquit vxori suæ aliquid, donec vitam vidualem seruauerit, & ipsa transiuit ad secunda vota, an ex præsumpta volutate defuncti, sicut per transitum ad secundu vota ab ipso relicto priuatur, ita excludatur à tacita popullari? videte*, pro futuris annis illud fideicommissum; *vt legatum annum potest deberi à substituto pupilli, sicut ab ipso pupillo, l. si fundum sub conditione, §. si pater, infra de legat. 1. & ideo sicut per transitum ad secunda vota testator voluit eam eo relicto priuari, etiam in persona substituti, seu alte-*

 rius

rius hæredis pupilli per cursum, successionem temporis, eadem ratione præsumitur, quod voluerit eam per transitum ad secunda vota excludi à tacita pupillari, requiritur ergo transitus ad secunda vota, vt prædicta donna Catherina vsusfructus prætenditur relictus, quamdiu viueret, & non nuberet, tam legato, quam successione filiarum careat, ideoque cum ad secundas nuptias non peruenerit, vtrumque consequitur, & hanc Bartoli animaduersionem communi calculo receptam esse, docuit Socin. Iunior. in eod. tex. nu. 125. Ripa num. 52. Aretin. num. 10. idem Aretin. consi. 154. num. 9. cum sequent. Pontan. de gradibus successíon. cap. 8. num. 7. donde resuelue, que esta opinion de Bartu. se funda justamente en la presumpta indignacion que el testador tuuo contra el segundo matrimonio de su muger, y que si este matrimonio no interuiniere, la misma volentad assiste por ella, premiandola en el legado, y reseruandole la legitima sucessíon de sus hijos, y aunque Socino, Senior en aquella ley moribus, nu. 28. ff. de vulgar. quiso impugnar los fundaméntos de Bart. arguyendo q̃ en puro rigor tãbien parecia, q̃ aunq̃ la madre no se casasse segunda vez, auia de excluirla el substituto por lo tacita pupilar, al fin concluye, non fore discedendum à censura Bartoli, neque à propo sita communi opinione, vt etiam agnoscit Cardinal. Mantica lib. 5. de coniectur. tit. 15. num. 13. vsque ad 18. supongamos pues, que a doña Catalina de Roda no se le dio la propiedad, sino el simple vsufruto, esto fue con declaracion, *Mientras viuiesse, y no se casasse,* q̃ es el exemplo puesto por Bartulo: luego quando la clausula no tuuiera mas paladras, era forçoso auer contraydo segundo matrimonio para perder el mismo vsufructo, y ser excluida de los bienes de sus hijas en fuerça de la tacita pupilar que doña Mencia pretende: por que si el legado del vsufructo vuiera sido solo, y sin condicion, pudiera dezirse, que por auerla dexado aquella vtilidad, que

ria su marido priuarla de lo demas, cæterum subiecta verua, *mientras viuiere, y no se casare*, Aperte significant eam tantũ odio habuisse si secundo nupseiit. Alexan.in prehabita l.2.ff.vulgari. num.32. Mát. d. tit.15 num. 14. & 15. versic. *sed Alexander*. fol. 107.quare cessante conditione exclusiua,quia non contraxit secundum mattimonium, cessat vtique in omnibus bonis, & in qualibet eorum parte eiusdem exclusionis effectus. Y tiene mayor seguridad nuestro caso, porque el repetir dos vezes,lo tocante al matrimonio segundo, ibi: *Mientras viuiere, y no se casare*, & rursus, ibi: *Y si se casare suceda doña Mencia, y lleue los bienes en vsofructo, y propriedad*. Fue calificar con esta condicion, no solamente lo dispuesto en doña Catalina, sino la substitucion de doña Mencia, dando ley al vsufruto,y al dominio debaxo de aquella condicion, *Si se casare*, y assi por condicion contraria lo reseruo todo junto a doña Catalina,en el caso que à sucedido de no casarse,y este es el verdadero sentido de nuestra clausula, y admitir otro seria excessiuo rigor : quoniam vt elegantissime notat Alexand. Ludouisius. decisi. 495. n. 15. fol. 500. *Domini in istam sententiam libenter descendant, ne mat er aluctuosa hæreditate filiæ excludatur , pro qua ius in dubio præsumit, atque omnem præsumptionem cõtrariam, & quemlibet tacitum intellectum tollit , secundũ Angel. consil.* 281. num. 6. & ita in indubitabiliter pronuntiandum arbitror: Salua in omnibus &c.

ria su marido priuarla de lo demas, cæterum sub ista verua, *mientras biuiere, y no se casare*, Aperte significant eam tantū odio habuisse si secundò nupsisset. Alexan. in prelibata l. 2. ff. vulgari. num. 32. Mãt. d. tit. 5 num. 14. & 15. versic. *sed Alexander*. fol. 107. quare cessante conditione exclusiua, quia non contraxit secundum matrimonium, cessat vtique in omnibus bonis, & in qualibet eorum parte eiusdem exclusionis effectus. Y tiene mayor seguridad nuestro caso, porque el repetir dos vezes, lo tocante al matrimonio segundo, ibi: *Mientras biuiere, y no se casare*, & rursus, ibi: *Y si se casare suceda doña Mencia, y lleue los bienes en vsofructo, y propriedad*. Fue castificar con esta condicion, no solamente lo dispuesto en doña Catalina, sino la substitucion de doña Mencia, dandole ley al vsufructo, y al dominio debaxo de aquella condicion, *Si se casare*, y assi por condicion contraria lo referido todo junto a doña Catalina, en el caso que á sucedido de no casarse, y este és el verdadero sentido de nuestra clausula, y admitir otro seria excessiuo rigor: quoniam vt elegantissime notat Alexand. Ludouisius. decis. 495. n. 1. fol. 500. *Domini in illam sententiam libenter descendunt, ne mater ansiosa hæreditate filiæ excludatur, pro qua ius in dubio præsumit, atque omnem præsumptionem cōtrariam, & quamlibet tacitam intellectum tollit*, secundū *Angel. consil.* 281. num. 6. & ita in indubitabiliter pronuntiandum arbitror: Salua in omnibus &c.